

PREMIA ZONA	A 15
EPATEGI ZKALEGONDO NUMERO	342
ERRESERBA	2857-9
EZARRITAKO EGUNADIA SEÑALADO	
SENTENCIA Nº 76/2012	
PRESCRIPCION	

10

En BILBAO (BIZKAIA), a quince de marzo de dos mil doce.

El/La Sr/a. D/ña. FERMINA PITA RASILLA, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 328/2011 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN VIZCAYA QUE CONFIRMA EL ARCHIVO DE LA AUTORIZACION DE RESIDENCIA DE LARGA DURACION SOLICITADA POR LA DEMANDANTE. (EXPTE. 489920100015182).

Son partes en dicho recurso: como recurrente representada y dirigida por el Letrado JAVIER GALPARSORO GARCIA; como demandada ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado y dirigido por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente mencionado anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Abreviado, contra la resolución administrativa mencionada en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de derecho que estimo pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase una Sentencia estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite por proveído, se acordó su sustanciación por los trámites del procedimiento abreviado, señalándose día y hora para la celebración de la vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, así como requiriendo a la administración demandada, la remisión del expediente. A dicho acto compareció la parte recurrente, afirmando y ratificándose en su demanda.

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de impugnación del presente recurso contencioso administrativo es la resolución de 19 de mayo de 2011 de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya que confirma el archivo de la autorización de residencia de larga duración solicitada por la demandante .

SEGUNDO.- La parte demandante suplica se dicte sentencia por la que se declare la no conformidad a derecho del acto impugnado con la consiguiente anulación del mismo , se conceda a la autorización de residencia de larga duración establecido en

COPIA DA
COPIA

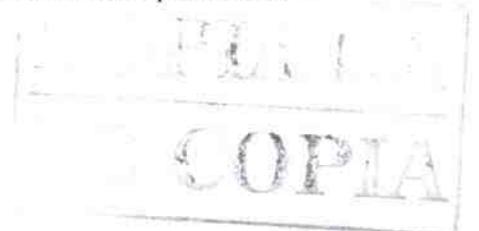
el art 72.1 del Reglamento de Extranjería. Fundamenta su pretensión alegando que el art 31.4 de la LOEX y en idéntica redacción al art 54.9 del RD 2393/04 en cuanto al entonces Reglamento de Desarrollo de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social . La vista de la trayectoria de la demandante y arraigo en nuestro país desde hace más de 5 años le es de aplicación el presente precepto en el que se va a examinar datos favorables fue condenada en una sola ocasión en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao procedimiento que se encuentra en fase de ejecución, ha dado pleno cumplimiento a los 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad realizados satisfactoriamente , el delito es de menor entidad que no contempla la pena privativa de libertad se trata de u episodio puntual que carece de cualquier otro antecedente penal y policial reúne una dilatada y prolífica vida laboral en España tiene tres hijos que dependen de ella todos menores bajo su guarda y custodia, dos de ellos son españoles de origen tiene trabajo estable cotización efectiva y prolongada en la Seguridad Social. Son aplicables los arts 71 y concordantes del RD 2393 en cuanto a la antes denominada residencia permanente que pasa a llamarse residencia de larga duración con la Ley Orgánica 2/2009 y a la que son acreedores los extranjeros que acrediten residencia legal y continuada en España por más de 5 años como el caso de Doña

La Administración demandada se opone a la demanda solicita el dictado de una sentencia desestimatoria del recurso declarando la conformidad a derecho de la resolución recurrida.

TERCERO.- A la vista de las actuaciones, es indudable que no debe estimarse ajustada a Derecho la decisión administrativa que se examina. En efecto, es cierto que el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común autoriza que cuando con las solicitudes de los interesados no se cumplimenten las exigencias que se imponen por la "legislación específica aplicable", podrán requerirles para que se aporten en el plazo de diez días, con apercibimiento de que de no ser atendido el requerimiento se procederá a tenerles por desistidos . Ya de entrada deberá reconocerse que el precepto merece una interpretación restrictiva porque, a la postre, lo que se está pretendiendo es que las peticiones de los ciudadanos a la Administración se atengan a las exigencias impuestas por las normas aplicables; pero deberá excluirse todo exceso de formalismo que impida a los ciudadanos acceder a la petición contenida en sus solicitudes, porque está en ello empeñada la misma exigencia del servicio público que debe prestar la Administración, siendo una constante de nuestra Ley de procedimiento su carácter antiformalista que se plasma en el mismo hecho de no regular un procedimiento administrativo en concreto, sino reglas generales. En este caso se intenta notificar el requerimiento en el domicilio de la demandante en dos ocasiones el día 1 de febrero de 2011 y el día 2 de febrero de 2011 a distintas horas, al resultar ausente la

se procede a la publicación de la notificación del requerimiento del pago en el BOB de 3 de marzo de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en el art 59.5 de la Ley 30/92 al proceder la resolución a notificar de ámbito territorial de Vizcaya. Con fecha 15 de abril de 2011 se dicta resolución acordando tener por desistida a la demandante de la solicitud de 26 de enero de 2011 , con fecha 3 de mayo de 2011 se interpone recurso de reposición por la actora presentando el recibo del abono de la tasa a fecha de 3 de mayo de 2011, a la vista de la resolución administrativa nada expresa respecto a si dicho requerimineto ha sodo o no cumplimnetado , sino que desestima el recurso por otros motivos y es la existencia en la recurrente de antecedentes penales, por lo que hay que entender que el requerimineto no fué desatendido .

Por ello habra que analizar las cuestiones de fondo del recurso planteadas



CUARTO.- Es necesario indicar con carácter previo el marco jurídico en el que se desenvuelve la cuestión litigiosa, por lo que hay que tener en cuenta Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV entre otras st 11/02/2010 y 9/02/10

En este caso concreto nos encontramos ante una solicitud de residencia de larga duración, además le son aplicables los art 71 y concordantes del RD 2393/2004 en cuanto a la entonces denominada residencia permanente que pasa a denominarse residencia de larga duración con la LO 2/2009, de conformidad con el impreso de solicitud normalizado obrante al folio 1 del expediente administrativo. En la casilla correspondiente a Residencia Permanente aparece marcada, indicativa del tipo de autorización que se está solicitando. Y las resoluciones administrativas denegatorias lo son de la residencia de larga duración solicitada.

La residencia permanente es una situación a la que se tiene derecho, conforme al *artículo 32.2 de la LO 4/2.000, de 11 de enero*. A diferencia de la situación de residencia temporal que conforme al *artículo 31.1*, "es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años".

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la situación de residencia permanente excluye el ejercicio de la competencia de otorgamiento de la autorización de residencia permanente con elementos valorativos idénticos a los recogidos en el *artículo 31.4* del mismo cuerpo legal y relativos éstos, no a la situación de residencia permanente, sino a la situación de residencia temporal y su renovación.

De esto último no es correcto deducir que a efectos del reconocimiento de la situación de residencia permanente haya que obviarse todo dato relativo a la existencia de antecedentes penales. Por el contrario, el canon efectivo que rige la medida de validez de la actuación administrativa para el caso de constatación de antecedentes penales en la solicitud de la autorización de residencia permanente no se encuentra en la *Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero*, sino en la *Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (publicada en el DOUE 16/2004, de 23 enero 2004)*.

De conformidad con el *artículo 4.1 de la mencionada Directiva*, "Los Estados miembros concederán el *estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países* que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente", y conforme a su *artículo 6* "Orden público y seguridad pública:

1. Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública.

Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia".

El reconocimiento del derecho a la residencia permanente, de conformidad con el *artículo 32 de la LO 4/2.000, en relación con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre*



de 2003, exige que para la denegación de la situación de residencia permanente existan datos referenciados al orden público o a la seguridad pública que justifiquen tal denegación.

Como indica el TSJPV De tal modo y manera que de un lado, la acreditación documentada en el expediente administrativo de datos referidos a la conducta de la persona solicitante que pongan de manifiesto una situación actualizada de riesgo de afección contra el orden público o la seguridad pública habrá de tomarse en consideración, mediante valoración motivada de la autoridad gubernativa, en el ejercicio de la competencia de otorgamiento de autorizaciones de residencia permanente ; y, en sentido contrario, la inexistencia de datos contra el orden público o la seguridad pública excluyen el referido margen valorativo en el ejercicio de competencia de otorgamiento de autorizaciones de residencia permanente .

Para efectuar la valoración referida debe tenerse en cuenta que la noción de "motivos de orden público o seguridad pública" en el acceso a la situación de residencia permanente , responde a la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados.

Como elemento relevante para la aplicación del concepto jurídico indeterminado en el acceso a la situación de residencia permanente , cabe afirmar que el ámbito de la zona de certeza positiva integra el factor ausencia de antecedentes penales como reflejo de una conducta personal que no afecta al orden público ni a la seguridad pública. Y ello en razón de que la ausencia de antecedentes penales expresa una situación de integración social a la que el régimen de extranjería dota de neta prevalencia en relación con otras circunstancias personales, como son las referidas a la existencia de condenas penales.

Sin embargo esta consideración valorativa no impide la entrada de otros factores en la noción jurídica indeterminada que, en su caso, habrán de situar el supuesto contemplado en la zona de incertidumbre del concepto jurídico. Debiéndose situar en la zona de certeza negativa exclusivamente los supuestos en los que las condenas penales acreditadas reflejen datos que menoscaben los conceptos de orden público y seguridad pública.

De acuerdo con las anteriores premisas, no puede afirmarse apriorísticamente que la existencia de antecedentes penales excluya la concesión de la autorización de residencia permanente si en el solicitante no concurren otras circunstancias que afecten al orden público o a la seguridad pública.

En el caso en concreto que nos ocupa, el recurrente por lo que en los antecedentes penales que señala la resolución y que motivan la denegación de la autorización de residencia permanente , parte de las penas cumplidas restando alguna , hay que tener en cuenta como se señala anteriormente además de la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública habra que analizar, el peligro que representa la persona en cuestión, si bien es cierto que el recurrente fue condenado en sentencia firme por delito contra la seguridad de tráfico, no se le impuso pena privativa de libertad , hay que tener también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia en este caso lleva residiendo en España hace mas de 5 años , teniendo autorización de residencia temporal en 2005, conviviendo 3 hijos de los cuales dos son nacidos en España de los cuales tiene la guarda y

custodia

Hay que destacar el fundamento para la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, en el presente caso, ha de buscarse en la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el artículo 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párrafo 1º del artículo 18 de la CE. El razonamiento del cual se colige tal corolario es idéntico al expresado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004, dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Manuel y Virgilio contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, esto es, que la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español privaría de todo efecto útil tanto al derecho de residencia del menor en España como a su derecho a la intimidad familiar. Además, las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del artículo 14 CE. De suerte que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral. Toda vez que al carecer de la autorización de residencia queda vetada la autorización de trabajo. Y con ello, *ab initio*, se priva al menor español de las posibilidades de un libre desarrollo de la personalidad en igualdad con aquellos menores españoles cuyos ascendientes desde el inicio tienen acceso al mercado laboral”.

Señala sent de 11 de mayo de 2011 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJPV que “El Tribunal de Justicia CE Pleno en el sentencia de 8.3.11 (c-34/2009) siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia de 19 de octubre de 2004, dictadas en Pleno en el asunto 200/02, establece que “El Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones que la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los estados miembros (vease, en particular las sentencias de 20 de septiembre de 2001 ...) “En estas circunstancias el art 20 TFUE se opone a las medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto al ciudadano de la Unión “

“ Pues bien, la negativa a conceder un permiso de residencia a una persona, nacional de un Estado tercero, en el Estado miembro en el que residen sus hijos nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume y la negativa a concederle un permiso de trabajo tienen tal efecto”.

Un efecto debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, sino se concede un permiso de trabajo a tal persona esta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá como consecuencia que sus hijos ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de esta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión “

En este caso ya que el demandante tiene dos hijos de nacionalidad española a su cargo hay que dar preferencia al derecho de los menores españoles conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia anteriormente descrita.



Por lo que procede la estimación del presente recurso, revocando la resolución recurrida y declarando el derecho del demandante a la concesión de la autorización de residencia de larga duración solicitada.

QUINTO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña [redacted] contra la Resolución de 19 de mayo de 2011 de la Subdelegación de Gobierno en Vizcaya descrita en el primer fundamento jurídico, por ser la resolución impugnada disconforme a derecho, la anulo y dejo sin efecto, reconociendo el derecho de la recurrente a la concesión de la autorización de residencia de larga duración solicitada. No realizar un especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4771.0000.00.0328.11, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.